

Il diritto alla protezione della salute della persona straniera in Francia: fondamento giuridico, differenziazione legale, *status* sociale

di Diletta Pamelin

Abstract: *The right to health protection for foreigners in France: legal basis, legal differentiation, social status*—The present contribution aims to analyse, within the French legal system, the legal basis and the structure of the right to health protection recognized to foreigners, with particular attention to those who find themselves in a situation of irregularity with respect to the rules that regulate the possibility to entry or stay in the territory of the State. Despite the constitutional provision that recognise health protection to «tous», the existence of a difference between the citizens' and the foreigners' health protection will be evidenced, based on the criterion of regularity and residence stability. This will allow to highlight the structure and consequences of increasing health insecurity, and more generally social and legal insecurity of the foreigners, who makes their right to health legally different and effectively weaker.

821

Keywords: Health protection; Foreigners rights; Health inequalities; Migrant “illegality”; France Constitution.

1. Premessa

Il presente contributo si propone di analizzare, nell'ambito dell'ordinamento francese, il fondamento giuridico e la struttura del diritto alla protezione della salute riconosciuto alle persone straniere, con particolare attenzione a quelle che si trovano in situazione di irregolarità rispetto alle norme che regolano l'ingresso e il soggiorno sul territorio dello Stato¹.

A fronte della previsione costituzionale in base alla quale la protezione della salute spetta a «tous», si constaterà l'esistenza di una differenza di regime fra la protezione della salute dei cittadini e quella riservata alle persone straniere, sulla base del criterio della regolarità e stabilità del soggiorno. Ciò condurrà a mettere in luce la struttura e le conseguenze della precarizzazione sanitaria, e più generalmente sociale e giuridica, della persona straniera, che rende la sua salute legalmente diversa e nei fatti più debole. Accanto ad alcuni profili relativi all'attualità della tematica, saranno evidenziate le riflessioni dottrinali relative alla costruzione dell'*homo juridicus* e di colui che, non facendo parte della comunità nazionale, è invece in principio escluso dal territorio e dai diritti: la persona straniera.

¹Per recenti contributi della dottrina italiana su queste tematiche si vedano: V. Federico, *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione. La Francia*, in *Rivista AIC*, 1, 2018; F. E. Grisostolo, *La tutela del diritto alla salute dello straniero in Italia e Francia*, in *Rivista AIC*, 2, 2018.

2. Il fondamento del diritto alla protezione della salute nella Costituzione francese

2.1. Il Preambolo della Costituzione del 1958 e il suo valore giuridico

Nell'ordinamento francese, il fondamento costituzionale del diritto alla protezione della salute è rintracciabile nel testo dell'*alinéa* 11 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946, il quale sancisce che la Nazione «*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection² de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*» [corsivo di chi scrive]³.

La Costituzione del 1958, attualmente in vigore, rinvia nel suo Preambolo⁴ ai diritti dell'uomo e ai principi di sovranità nazionale definiti dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, al Preambolo della Costituzione del 1946⁵ e alla Carta dell'ambiente del 2004⁶. La validità giuridica di tale «*préambule*»

²Il concetto di diritto alla *protezione della salute* rintracciabile nel Preambolo non va confuso con quello di diritto *alla salute*. La distinzione tra le due nozioni è stata richiamata con chiarezza dal Consiglio di Stato in un'ordinanza del 2005 (Consiglio di Stato, *Juge des référés*, ordinanza n. 284803, 8 settembre 2005, in *Recueil Lebon* 2005) nella quale si afferma che «si en raison du renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 au Préambule de la Constitution de 1946, la *protection de la santé* publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas [...] que le *droit à la santé* soit au nombre des libertés fondamentales [...]».

Circa le controversie dottrinali sul tema dell'esistenza di un vero e proprio diritto alla salute o, al contrario, del solo principio di protezione della salute, si vedano, *ex multis*, Ch. Sauvat, *Précision normative sur le droit à la santé*, in *Revue Lamy Droit Civil*, 24, 2006, 53-58; C. Clément, *La santé et le référé administratif "Liberté fondamentale"*, in *Les Petites Affiches*, 228, 2005; Ch. Sauvat, *Réflexions sur le droit à la santé*, Aix-en-Provence, 2004, in particolare p. 217; J. Moreau, *Le droit à la santé*, in *AJDA*, 1998, 185 ss.; V. Saint-James, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Revue de droit public*, 1997, 457-485.

³L'*alinéa* 11 proclama dunque, al contempo, il principio della protezione della salute e quello della sicurezza sociale. Per un quadro del sistema di sicurezza sociale francese si rinvia a J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, 2015.

⁴«Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. [...]».

⁵Esso riafferma a sua volta «des droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789» e «les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», affiancandovi la proclamazione di una serie di principi politici, economici e sociali «particulièrement nécessaires à notre temps». Fra questi ultimi rientra il paragrafo 11 dedicato, appunto, alla protezione della salute. Sul Preambolo del 1946 si vedano AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946*, Y. Gaudemet dir., Paris, 2008; AA. VV. *Le Préambule de la Constitution de 1946. Histoire, analyse et commentaires*, G. Conac, X. Prétot, G. Teboul dir., Paris, 2001; G. Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, 1984, 322-328.

⁶Inserita nel Preambolo della Costituzione con la l. cost. n. 2005-205 del 1 marzo 2005. Il Consiglio costituzionale, adito in relazione alla l. n. 2008-595 del 25 giugno 2008 relativa agli organismi geneticamente modificati, ha successivamente stabilito, con la decisione n. 2008-564 DC del 19 giugno 2008, che «l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, ont valeur constitutionnelle» e «qu'elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leur domaine de compétence respectif».

croupion»⁷ e dei testi da esso richiamati appare un elemento ormai acquisito. Con la nota decisione del Consiglio costituzionale n. 71-44 DC del 16 luglio 1971⁸ infatti, per la prima volta⁹, il Preambolo e le fonti da esso richiamate vengono incluse nella Costituzione e assunte come parametri di giudizio¹⁰.

La decisione del 1971 determina dunque i pilastri del nuovo diritto costituzionale francese: il controllo di costituzionalità delle leggi, la supremazia della Costituzione, il *bloc de constitutionnalité*¹¹ e i diritti fondamentali¹².

2.2. L'alinéa 11 del Preambolo della Costituzione del 27 ottobre 1946. Il diritto di «tous» alla protezione della salute

Il valore costituzionale del Preambolo del 1946, e dunque dell'*alinéa* 11 in esso compreso, appare dunque ormai consolidato. Il Preambolo, oltre alla Dichiarazione del 1789, riafferma i «principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica»¹³ e proclama alcuni principi politici, economici e sociali «particolarmente necessari al nostro tempo». Questi sono qualificabili come *droits-créances*, diritti che impegnano lo Stato nella realizzazione di un obbligo di intervento positivo al fine di rispondere ad alcuni bisogni fondamentali, materiali e intellettuali, della vita umana¹⁴. Fra tali diritti rientra il già richiamato *alinéa* 11 sulla base del quale la Nazione «garantisce a tutti, in particolare al fanciullo, alla

⁷J. Gicquel, J.-É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2018, 124.

⁸Inerente alla legge che completa le disposizioni degli articoli 5 e 7 della legge del 1 luglio 1901 relativa al contratto di associazione. Con la sua decisione il Consiglio censura parzialmente la disposizione legislativa nella parte in cui prevede l'istituzione di un controllo preventivo della legalità di un'associazione al momento della sua dichiarazione. La dottrina relativa alla presente decisione è estremamente estesa; si rinvia, *ex multis*, a *Liberté d'association* in P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, É. Oliva, A. Roux, L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 2016, 408-420; G. Boudou, *Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 2014 (n. 97), 5-120; F. Luchaire, *La décision du 16 juillet 1971*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. VII - 1991, Paris-Aix-en-Provence, 1993, 77-85; J. Robert, *Propos sur le sauvetage d'une liberté*, estratto della *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1971, 1171-1200.

⁹Sebbene, come sottolineato da larga parte della dottrina francese, già nella decisione n. 70-39 DC del 19 giugno 1970 il Consiglio costituzionale avesse chiamato espressamente in causa il Preambolo della Costituzione. Si veda in proposito L. Favoreu, L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, 1975, 257-266.

¹⁰La decisione si riferisce esplicitamente al Preambolo della Costituzione del 1958 («Vu la Constitution et notamment son préambule»), il quale a sua volta si rifà alla Dichiarazione del 1789, e, nel considerando numero 2, si evocano i «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République», rinviando dunque indirettamente al Preambolo del 1946 e legittimando in tal modo il valore costituzionale di tali principi.

¹¹Con tale espressione dottrinale si vuole indicare che «la Constitution ne se limite pas aux articles numérotés qui la composent dans ses différents titres, mais intègre les textes auxquels fait référence son Préambule. [...]» e dunque, di fatto, l'espressione «ne désigne donc pas autre chose que la Constitution ainsi comprise, et à laquelle le Conseil constitutionnel se réfère» (A. Le Divellec, M. de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, 2017, 28).

¹²L. Favoreu, *Destin d'une décision fondatrice*, in *La liberté d'association et le droit*, Paris, 2001, 31.

¹³Si tratta di un numero limitato di norme con valore costituzionale, derivanti da testi legislativi adottati durante le prime tre repubbliche francesi, la cui esistenza è appurata dal Consiglio costituzionale sulla base della sussistenza di specifici criteri (G. Drago, *Contentieux constitutionnel français* cit., 254 ss.).

¹⁴L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels*, Bruxelles, 2007, 13.

madre e ai vecchi lavoratori, la protezione della salute¹⁵, la sicurezza materiale, il riposo e il tempo libero».

Il diritto alla protezione della salute è dunque, al contempo, un «principio particolarmente necessario al nostro tempo», secondo il testo del Preambolo del 1946, un «principio di valore costituzionale»¹⁶, ed è integrato nel *bloc de constitutionnalité*¹⁷.

Nonostante si tratti di un argomento di estremo rilievo, non ci si soffermerà in questa sede sui numerosi profili di ambiguità della disposizione sottolineati dalla dottrina¹⁸, che paiono affliggere, in generale, tutti i diritti sociali¹⁹ e legittimarne la contrazione da parte del legislatore²⁰ che è dotato, in questo ambito, di un ampio margine di manovra²¹.

¹⁵Su cui *supra* nota 1.

¹⁶Consiglio costituzionale, decisione n. 80-117 DC del 22 luglio 1980, considerando n. 4: «la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la *protection de la santé* et de la sécurité des personnes et des biens, protection *qui*, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle» [corsivo di chi scrive]. La portata della protezione della salute era già stata precedentemente sottolineata dal Consiglio con decisione n. 77-92 DC del 18 gennaio 1978, la quale esaminava la non contrarietà di una legge al *droit à la santé* riconosciuto nel Preambolo del 1946 (considerando n. 2).

Successivamente, la decisione n. 89-269 DC del 22 gennaio 1990 definisce la protezione della salute un «objectif» che deve essere realizzato dal legislatore e dall'autorità di regolamentazione (considerando n. 26), mentre nella decisione n. 90-283 DC del 8 gennaio 1991, il Consiglio fa riferimento al valore costituzionale delle «exigences» di protezione della salute pubblica (considerando n. 15).

¹⁷Consiglio costituzionale, decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, nella quale si conferma l'integrazione dei principi del Preambolo del 1946 nel *bloc de constitutionnalité*, in particolar modo dei diritti sociali, fra i quali quelli riconosciuti dall'*alinéa* 11, e si afferma il valore costituzionale del principio della protezione della salute del bambino (considerando n. 10).

¹⁸Che si fondano sull'assenza di una chiara configurazione dei contenuti dei diritti riconosciuti e delle modalità di esecuzione degli stessi e sulla carenza di istituzione di organismi pubblici di assistenza volti a realizzare i principi enunciati.

¹⁹Sul tema della contrapposizione fra *droits-libertés* e *droits-créances* si vedano L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels* cit., 35 ss.; F. Rangeon, *Droits-libertés et droits-créances: les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946*, in AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, 1996, 169-186; J. Rivero, *Les libertés publiques. Les droits de l'homme*, Paris, 1974, 118 ss.; G. Burdeau, *Les libertés publiques*, Paris, 1972.

²⁰L'ampiezza e l'importanza del tema della programmaticità dei diritti sociali, della teoria della tutela del loro nucleo essenziale e della conseguente libertà del legislatore in materia, non permette in questa sede un adeguato richiamo dottrinale. Limitandosi ad una drastica sintesi si sottolinea come sia da più parti rilevata la natura "programmatica" e dunque relativa di tali diritti, che sarebbero costantemente suscettibili, diversamente dalle libertà fondamentali, di essere circoscritti o soppressi in funzione delle necessità di ordine pubblico o interesse generale. A tal proposito, *ex multis*, C. Denizeau, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?*, Paris, 1997, 49-50. Sul medesimo soggetto si rinvia a X. Prétot, *Alinéa 11*, in AA. VV., *Le Préambule de la Constitution de 1946* cit. Quest'ultimo afferma che, essendo l'ampiezza effettiva e l'evoluzione di tali principi, pur discendenti da una norma costituzionale, determinata dalla discrezionalità del legislatore, si generi il «caractère purement statutaire des droits à prestations» (p. 280); P. Egéa, *Les formes constitutionnelles de la santé*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013; M.-L. Moquet-Anger, *Santé et Constitution: l'exemple français*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013, 132.

²¹Si vedano, ad esempio, X. Prétot, *Alinéa 11* cit., 269 ss.; P. Egéa, *Les formes constitutionnelles de la santé* cit., 31 ss.; quest'ultimo, riferendosi all'indeterminatezza del testo dell'*alinéa* 11 e

Si sottolinea tuttavia, sin da ora, l'estrema importanza dell'elemento della discrezionalità del decisore politico, essenziale per comprendere al contempo l'evoluzione della titolarità differenziata del diritto alla protezione della salute a seconda dello *status* giuridico della persona e la «produzione legale del migrante illegale»²², che veicola l'accettazione sociale della debolezza di determinate categorie di soggetti nell'esercizio dei propri diritti (sul punto si tornerà *infra* par. 4).

Quanto al contenuto, si delinea un doppio volto del dispositivo costituzionale di cui all'*alinéa* 11, costituito da una dimensione individuale di diritto di credito nei confronti dello Stato e da una collettiva di protezione della salute pubblica²³.

Resta infine da qualificare con maggior precisione l'identità dei «tous»²⁴ cui la Nazione assicura la protezione della salute²⁵.

Sebbene la determinazione dei titolari di tale diritto sembri, stando alla lettera del paragrafo 11, un'operazione semplice ed immediata, la realtà è lontana dall'affermazione di una tutela universalistica ed egualitaria.

Il principale criterio di differenziazione, che gradua la titolarità del diritto alla protezione della salute, è costituito dal carattere del soggiorno, regolare o irregolare, sul territorio dello Stato e dalla sua durata²⁶. A partire

alle variazioni terminologiche della giurisprudenza costituzionale in materia afferma che, per il legislatore, «il gioco è leggero». La libertà del legislatore viene ribadita anche dal Consiglio costituzionale, il quale riconosce, nell'ambito dell'attuazione del Preambolo del 1946, ampio potere di apprezzamento al parlamento e al governo (X. Prétot, *Les bases constitutionnelles du droit social*, in *Droit social*, 3, 1991, 187 ss.). Il limite formale all'arbitrio del legislatore è costituito dalla salvaguardia delle necessarie «garanzie legali» di cui egli non potrebbe privare la protezione della salute (Consiglio costituzionale, decisione n. 2009-599 DC del 29 dicembre 2009, considerando n. 101).

²²N. P. De Genova, *Migrant "Illegality" and Deportability in Everyday Life*, in *Annual Review of Anthropology*, vol. 31, 2002, 419 ss.

²³La dottrina sottolinea come la dimensione collettiva della salute trovi maggior tutela, da parte della giurisprudenza costituzionale, rispetto a quella individuale e come la salute sia presa in considerazione più come limite ai diritti fondamentali (come il diritto di proprietà, la libertà imprenditoriale -decisione n. 90-283 DC dell'8 gennaio 1991- e il diritto di sciopero -decisione n. 80-117 DC del 22 luglio 1980-) che come diritto autonomo. In questo senso T. Gründler, *Le juge et le droit à la protection de la santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 5, 2010, 835 ss.; X. Bioy, *Le traitement contentieux de la santé en droit constitutionnel*, in AA. VV., *Constitutions et Santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numéro hors série, AFDS/2013, 45 ss.

²⁴Si ricorda come il testo la garantisca poi, in particolare, «al fanciullo, alla madre e ai vecchi lavoratori».

²⁵Si tenga inoltre presente che l'articolo L. 1110-1 del *Code de santé publique* (CSP) qualifica la protezione della salute come diritto «fondamentale», da realizzare nei confronti di ogni persona, legandosi in questo modo a quanto stabilito dal paragrafo 11 del Preambolo. Un ulteriore elemento essenziale determinato dalla legge è costituito dal principio di uguaglianza di accesso alle cure e continuità delle stesse, cui è correlato quello in base al quale nessuna persona può essere, in questo ambito, oggetto di discriminazione, di cui all'articolo L. 1110-3 CSP.

²⁶Simile parametro, con alcune eccezioni, è generalmente valido per tutti i diritti sociali di prestazione, attribuiti ai soli stranieri residenti in maniera stabile e regolare. Quanto invece ai diritti di libertà, essi sono riconosciuti anche agli stranieri, sebbene alcuni, quali la libertà di movimento, possono subire restrizioni per coloro che si trovano in situazione di irregolarità, sulla base del criterio dell'ordine pubblico; mentre i diritti politici non sono attribuiti agli stranieri, salvo essi siano cittadini dell'Unione europea e godano conseguentemente del diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono (art. 20, lettera b, del Trattato sul funzionamento dell'Unione

dal 1993²⁷ infatti, con l'adozione della cosiddetta "loi Pasqua"²⁸, la cui costituzionalità è stata dichiarata dal Consiglio costituzionale²⁹, la regolarità e stabilità del soggiorno sono divenuti veri e propri parametri di riferimento nell'attribuzione dei diritti sociali.

L'ordinamento francese riconosce³⁰ dunque il diritto alla copertura delle spese sanitarie in caso di malattia o maternità a tutte le persone che dimostrino di lavorare o risiedere in Francia in maniera stabile e regolare³¹. È considerata stabile la residenza ininterrotta sul territorio da più di tre mesi³², mentre la regolarità³³, che conosce tuttavia alcune eccezioni³⁴, si sostanzia nel possesso di specifici documenti o titoli³⁵. Il requisito della regolarità viene momentaneamente meno nei dodici mesi successivi alla scadenza del documento di soggiorno, dato che la persona straniera conserva, durante questo periodo di tempo, il diritto alla presa in carico delle spese sanitarie³⁶. Simile dispositivo è volto ad evitare le *ruptures de*

europea - TFUE). Sul punto L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, J-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux, G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Paris, 2017, 930.

²⁷Prima di tale data, i principi strutturali che si collocavano alla base dell'organizzazione della sicurezza sociale erano quelli di universalità e solidarietà, nel rispetto della filosofia dell'ordinanza n. 45-2250 del 4 ottobre 1945, fondatrice della sicurezza sociale. Circa il tradimento della logica universalistica e solidaristica operato dai criteri di regolarità e stabilità della residenza si veda L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 167, Paris, 2017, 323 ss.

²⁸L. n. 93-1027 del 24 agosto 1993 relativa à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

²⁹Consiglio costituzionale, decisione n. 93-325 DC del 13 agosto 1993 (in particolare, considerando nn. 3 e 118).

³⁰Con l'art. 59 della l. n. 2015-1702 del 21 dicembre 2015, che crea la *Protection universelle maladie* (PUMa).

³¹Artt. L. 160-1 e L. 111-1 *Code de la sécurité sociale* (CSS).

³²Art. D. 160-2 CSS. Il medesimo articolo considera soddisfatto il criterio della residenza stabile per determinate categorie di persone, ad esempio per i richiedenti asilo o per i membri della famiglia (definiti all'art. L. 161-1 CSS) dell'assicurato sociale regolarmente e stabilmente soggiornante.

³³Artt. L. 160-1, L. 111-1, L. 115-6, R. 111-3 CSS.

³⁴Ad esempio, l'art. L. 381-30 CSS esclude esplicitamente l'applicazione del criterio della regolarità del soggiorno per la presa in carico delle spese sanitarie delle persone in stato di detenzione. Lo stesso vale per i minori, dal momento in cui l'art. L. 311-1 del *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) stabilisce che solo gli stranieri maggiorenni debbano detenere un titolo di soggiorno. La situazione di irregolarità del lavoratore non costituisce inoltre un ostacolo al versamento delle prestazioni previste dal libro IV del CSS, dedicato agli incidenti sul lavoro e alle malattie professionali, dal momento in cui l'art. L. 411-1 CSS li definisce come quelli sopravvenuti «à toute personne salariée ou travaillant, à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit» [corsivo di chi scrive] senza richiamare la necessità che il lavoratore si trovi in condizione di regolarità. Numerose circolari ministeriali ribadiscono che la regolarità del soggiorno non costituisce un presupposto per il versamento di simili prestazioni: si veda, ad esempio, quella del Ministero degli affari sociali D.S.S./A.A.F. n. 95-11 del 17 febbraio 1995.

³⁵Il cui elenco è contenuto nell'*arrêté du 10 mai 2017 fixant la liste des titres de séjour prévu au I de l'article R. 111-3 du code de la sécurité sociale*.

³⁶L'art. L. 160-1 CSS stabilisce infatti che «les personnes qui résident en France et cessent de remplir les autres conditions mentionnées à l'article L. 111-2-3 bénéficient, dans la limite d'un an, d'une prolongation du droit à la prise en charge des frais de santé mentionnée à l'article L. 160-8 et, le cas échéant, à la couverture complémentaire prévue à l'article L. 861-1 [Couverture maladie universelle – CMUc, di cui si dirà immediatamente nel testo]». L'art. R. 111-4 CSS specifica inoltre che tale diritto «ne peut être fermé [...] avant la fin du douzième mois qui

droits che possono sopraggiungere al momento del rinnovo dei titoli di soggiorno. Gli stranieri in situazione stabile e regolare che dispongano di risorse insufficienti (inferiori ad un tetto stabilito tramite decreto) possono inoltre beneficiare, come i cittadini francesi che si trovino nella medesima condizione, della *couverture maladie universelle complémentaire* (CMUc)³⁷, la quale garantisce la presa in carico, totale o parziale, della parte complementare delle spese sanitarie che graverebbe altrimenti sul paziente e li dispensa dall'anticipo del costo delle prestazioni³⁸. La CMUc è attribuita per la durata di un anno ed è rinnovabile³⁹; è inoltre previsto, anche in riferimento a tale prestazione, il prolungamento dei diritti nei dodici mesi che seguono la scadenza del titolo di soggiorno⁴⁰. Al fine di temperare l'“effetto soglia” prodotto dal tetto di risorse fissato per l'accesso alla CMUc, nell'ordinamento francese è contemplato un meccanismo ulteriore, l'*Aide au paiement d'une complémentaire de santé* (ACS), il quale permette, qualora le risorse superino il limite fissato per l'attribuzione della CMUc al massimo del 35%, una presa in carico parziale delle spese per l'ottenimento di un'assicurazione sanitaria⁴¹.

Alle persone straniere che non possono accedere alla *Protection universelle maladie* (PUMa) a causa della carenza della condizione di regolarità, ma che risiedono ininterrottamente in Francia da più di tre mesi⁴² e possiedono risorse che non superano il tetto fissato per beneficiare della CMUc, è riservato l'*aide médicale d'État* (AME)⁴³. Tale dispositivo permette la copertura del 100%⁴⁴ delle spese per le cure incluse in un paniere di prestazioni, identico a quello coperto dal regime generale PUMa, ma in cui non sono contemplate: cure termali⁴⁵,

suit la date d'expiration des titres ou documents justifiant qu'ils remplissent les conditions mentionnées à l'article R. 111-3 [nello specifico quella di regolarità *ndr*] [...] sauf si le bénéficiaire signale qu'il ne réside plus en France [...]». Non sono inclusi in questo dispositivo i cittadini dei Paesi dell'Unione europea, dello Spazio economico europeo e della Confederazione svizzera.

³⁷Artt. L. 861-1 ss. e D. 861-1 ss. CSS.

³⁸Nel sistema francese, al momento della consultazione medica, il paziente è generalmente tenuto a pagare immediatamente la prestazione, la quale verrà in seguito rimborsata in tutto o in parte dall'*Assurance maladie*. Il meccanismo del “tiers payant”, che si applica ai beneficiari della CMUc, permette invece di non attivare simile procedura, esentando il titolare dal pagamento immediato della prestazione sanitaria.

³⁹Art. L. 861-5, 5° CSS.

⁴⁰Si vedano i riferimenti elencati in nota 36. Si riporta inoltre la denuncia mossa da alcune associazioni circa l'interpretazione restrittiva applicata a questo dispositivo, che impedirebbe nei fatti di godere in maniera effettiva del prolungamento dei diritti previsto. Si veda in proposito il documento *La prise en charge des frais de santé des personnes étrangères par la sécurité sociale*, GISTI, Paris, novembre 2017, www.gisti.org, e quanto riportato alla pagina *En clair: le maintien de droit en fin de validité du titre de séjour* del sito della *Caisse Primaire d'Assurance Maladie*, www.cpam67-ts.fr.

⁴¹Per informazioni sul dispositivo si veda il sito www.cmu.fr. In argomento C. Bistondi, *Les dispositifs d'aide à l'accès aux complémentaires santé: retour sur la CMU-C et l'ACS*, in RDSS, 3, 2017, 403 ss.

⁴²Questa condizione è stata inserita successivamente, con legge n. 2003-1312 del 30 dicembre 2003.

⁴³Art. L. 251-1 *Code de l'action sociale et des familles* (CASF).

⁴⁴Il titolare dell'AME è dunque beneficiario di una presa in carico totale in riferimento alle cure mediche e ospedaliere in oggetto che rientrino nelle tariffe della previdenza sociale, non dovendo inoltre provvedere ad alcun anticipo del costo delle prestazioni. Restano escluse, e sono dunque a carico del soggetto, tutte le eccedenze rispetto alle tariffe convenzionate.

⁴⁵Art. R. 251-1, 1° CASF.

procreazione medicalmente assistita⁴⁶, farmaci il cui *service médical rendu* è considerato debole⁴⁷, spese di ospitalità e trattamento di bambini e adolescenti portatori di handicap, spese per esami di prevenzione dentale per i bambini⁴⁸. Occorre inoltre sottolineare che, oltre a poter usufruire di un numero di prestazioni minori, i titolari dell'AME non sono iscritti al regime previdenziale in quanto *assurés sociaux* e non possiedono dunque la *carte vitale* (l'equivalente della nostra tessera sanitaria), ma sono semplicemente beneficiari di un aiuto sociale dello Stato, dato che PUMa e AME costituiscono due sistemi separati ed autonomi. L'AME è conferito per la durata di un anno ed è rinnovabile alle medesime condizioni.

Attraverso una decisione individuale del ministro responsabile dell'azione sociale è inoltre possibile concedere un AME di carattere "humanitaire"⁴⁹ alle persone il cui stato di salute lo richieda che, pur non risiedendovi, siano presenti sul territorio francese. Simile dispositivo non costituisce un diritto vero e proprio, inoltre il numero di ammissioni annuali è molto esiguo⁵⁰.

Coloro che non soddisfano la condizione di regolarità e sono presenti sul territorio da meno di tre mesi, oppure non sono in grado di fornire i giustificativi che dimostrino la loro effettiva presenza da più di tre mesi e non possono dunque beneficiare dell'AME⁵¹, possono fruire del *dispositif des soins urgents et vitaux* (DSUV). Sulla base di quest'ultimo sono definite urgenti, e dunque prese integralmente in carico, le sole cure «dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître [...]»⁵². Sono inoltre da considerare urgenti⁵³ le cure volte a scongiurare il propagarsi di una malattia all'intera collettività, gli esami di prevenzione nel corso e a seguito della gravidanza⁵⁴, le cure necessarie alla donna in stato di gravidanza e al neonato e le interruzioni di gravidanza, siano esse volontarie o giustificate da necessità mediche. Le persone beneficiarie del DSUV sono prese in carico, per tutte le cure urgenti e i farmaci prescritti, alle medesime condizioni dei titolari dell'AME, definite dall'art. L. 251-2 CASF. La già citata circolare del 2008 (nota 51) specifica poi che dal DSUV sono esclusi i figli minori di persone straniere in situazione di irregolarità poiché gli stessi, senza bisogno di soddisfare la condizione di residenza superiore a tre mesi, rientrano di diritto fra i titolari dell'AME⁵⁵.

La differenza di regime esistente fra coloro che usufruiscono dell'AME e coloro che, sulla sola base della durata della permanenza sul territorio inferiore ai tre mesi, ricadono nell'ambito del DSUV, è stata considerata dal *Conseil*

⁴⁶Art. R. 251-1, 2° CASF.

⁴⁷Art. R. 251-1, 4° CASF.

⁴⁸Art. L. 251-2 CASF.

⁴⁹Art. L. 251-1 CASF.

⁵⁰Come sottolineato dal relatore speciale M. Francis Delattre alla pagina *L'Aide médicale d'État, une dépense nécessaire mais dont le dynamisme croissant doit conduire à une réforme*, www.senat.fr.

⁵¹Il rifiuto dell'AME è da considerarsi un prerequisito per la fatturazione delle cure in quanto urgenti e vitali ai sensi della circolare DSS/2A/DGAS/DHOS n. 2008-04 del 7 gennaio 2008.

⁵²Art. L. 254-1 CASF.

⁵³Ai sensi della circolare DHOS/DSS/DGAS n. 2005-141 del 16 marzo 2005.

⁵⁴Art. L. 2122-1 CSP.

⁵⁵Il Consiglio di Stato, con decisione n. 285576 del 7 giugno 2006 (in *Recueil Lebon* 2006), aveva infatti stabilito che la condizione della durata minima del soggiorno non potesse essere imposta al minore perché incompatibile con l'art. 3-1 della Convenzione sui diritti dell'infanzia.

constitutionnel, con decisione n. 2003-488 DC del 29 dicembre 2003⁵⁶, conforme al principio di eguaglianza e al principio di protezione della salute.

Il nucleo essenziale⁵⁷ della protezione della salute prende dunque, di fatto, la forma della protezione minima concessa alle persone straniere in situazione di irregolarità residenti sul territorio da meno di tre mesi, ovvero l'accesso alle sole cure urgenti il cui diniego potrebbe metterne in pericolo la vita o alterarne gravemente e durevolmente lo stato di salute.

Si richiama inoltre, per ragioni di completezza, l'esistenza del c.d. *droit de séjour pour soins*, sulla base del quale alla persona straniera abitualmente residente in Francia, qualora il suo stato di salute necessiti di cure mediche in assenza delle quali potrebbero verificarsi per la stessa conseguenze di «*exceptionnelle gravité*» e se, in riferimento all'offerta di cure e alle caratteristiche del sistema sanitario del Paese di cui la persona è originaria, non potrebbe beneficiare «*effectivement*» di un trattamento appropriato, può essere rilasciata una carta di soggiorno temporanea⁵⁸. La persona malata straniera che desideri depositare una domanda di rilascio o rinnovo della *carte de séjour pour soins*, deve recarsi in prefettura⁵⁹, dove le verrà consegnato un modello di certificato medico da far compilare al proprio medico o ad un *praticien hospitalier*⁶⁰. Sulla base di tale documento, un medico della direzione territoriale dell'*Office française de l'immigration et de l'intégration* (OFII) redigerà un rapporto medico che verrà trasmesso per un parere ad un collegio composto da tre medici dell'OFII a livello nazionale⁶¹. Alla luce del parere del collegio e dell'insieme degli elementi non medici di cui è a conoscenza, il prefetto deciderà se rilasciare o meno la *carte de séjour pour soins*⁶².

Le condizioni che la persona malata straniera deve soddisfare al fine di poter ottenere il permesso di soggiorno per cure mediche sono dunque di due tipi: amministrativo e medico. I requisiti amministrativi sono valutati dalle prefetture:

⁵⁶Si veda, in particolare, il considerando n. 18. Si rinvia al commento di L. Philip in L. Domingo, L. Gay, L. Philip, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 1er octobre - 31 décembre 2003, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1, 2004 (n. 57), 126-129. L'A. rimarca la portata della libertà del legislatore e la flessibilità del concetto in base al quale egli è tenuto a rispettare le "garanzie legali" connesse alle esigenze costituzionali in questione; garanzie che non andrebbero al di là, in questo caso, della sola assicurazione delle cure urgenti (129).

⁵⁷Sul concetto di contenuto minimo, essenziale o sostanziale dei diritti sociali si veda L. Gay, *Les "droits-créances" constitutionnels* cit., 646 ss.

⁵⁸Art. L. 313-11, 11° CESEDA.

⁵⁹La prefettura richiederà alla persona di presentare i documenti necessari a dimostrare la propria identità, nazionalità e stato civile (art. R. 311-2-2 CESEDA) e dovranno eventualmente essere forniti i giustificativi volti a provare la residenza abituale in Francia. La documentazione non deve contenere informazioni sanitarie coperte dal segreto medico in base all'art. R. 4127-4 CSP, poiché alla procedura di rilascio di tale *carte de séjour* sono applicabili le regole di deontologia medica (Ministre des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017 fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR AFSP1638149A, art. 2).

⁶⁰Di cui all'art. L. 6152-1 CSP.

⁶¹Come il certificato, anche il rapporto medico, contenendo informazioni relative allo stato di salute della persona, è coperto da segreto medico e non deve essere in nessun caso consegnato al personale amministrativo della prefettura. Anche il parere comunicato dal collegio dei medici dell'OFII al prefetto non deve contenere alcuna informazione coperta da segreto medico (Ministre des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017* cit., art. 2).

⁶²Artt. R. 313-22 e R. 313-23 CESEDA.

la persona richiedente non deve rappresentare una minaccia per l'ordine pubblico⁶³ e deve avere la propria residenza abituale in Francia⁶⁴. Quanto alla valutazione medica, essa è di competenza dei medici dell'OFII ed è volta a verificare la sussistenza di tre criteri: la necessità di un trattamento medico; il rischio di gravità eccezionale legato alla mancanza di un intervento sanitario appropriato⁶⁵ e l'impossibilità di beneficiare effettivamente delle cure necessarie per la specifica patologia in caso di rientro della persona nel Paese d'origine⁶⁶. L'ammissione al *droit de séjour pour soins* si traduce nell'ottenimento di una carta di soggiorno temporanea (CST) «vie privée et familiale» la cui durata sarà definita in base al tempo considerato opportuno per fornire alla persona le cure necessarie, entro il limite massimo di un anno (art. L. 313-1 CESEDA), oppure in un'autorizzazione di soggiorno provvisoria (APS) per coloro che risiedono in Francia da meno di un anno (si veda nota 64). Le persone detentrici di una CST di un anno possono beneficiare, facendone richiesta al momento del rinnovo del loro titolo di soggiorno, di una carta di soggiorno pluriennale (CSP) di una durata pari a quella delle cure, con il limite massimo di quattro anni (art. L. 313-18 CESEDA).

La garanzia della protezione della salute, che la Nazione dovrebbe assicurare a «tous», trova dunque, nella realtà, un'applicazione *ratione personae*, essendo l'estensione delle tutele graduata sulla base della doppia condizione della regolarità e della stabilità del soggiorno, la quale consente deroghe solo in casi eccezionali. Le radici e le conseguenze di simile titolarità differenziata del diritto alla protezione della salute a seconda dello *status* giuridico della persona saranno considerate e discusse nei paragrafi successivi.

⁶³La nozione di minaccia all'ordine pubblico è di difficile determinazione. In linea di principio, l'eventuale rifiuto del titolo di soggiorno per minaccia all'ordine pubblico dovrebbe fondarsi sull'esistenza di condanne penali che evidenzino la pericolosità dell'individuo. I fatti invocati dall'autorità amministrativa non devono essere troppo risalenti e devono essere sufficientemente gravi.

⁶⁴Tale condizione si ritiene normalmente soddisfatta qualora la persona giustifichi la propria residenza sul territorio francese da più di un anno. La nozione di residenza abituale è tratta dalla circolare del ministero dell'interno del 12 maggio 1998 (Ministère de l'Intérieur, *circulaire du 12 mai 1998, application de la loi n. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, NOR INTD9800108C, 21). Tuttavia, la mancata sussistenza del requisito della residenza abituale non è ostativa: l'art. R-313-24 CESEDA prevede infatti la possibilità di rilasciare alla persona malata straniera che non la ottemperi un'autorizzazione di soggiorno provvisoria (APS), rinnovabile per la durata del trattamento medico.

⁶⁵L'esistenza di questi elementi medici è apprezzata nell'ambito del rispetto di quanto sancito degli artt. R. 4127-47 e R. 4127-50 CSP, secondo i quali i medici devono, senza cedere a domande abusive, facilitare l'ottenimento dei vantaggi sociali ai quali il paziente, in relazione al proprio stato di salute, ha diritto, ma possono anche, salvo in casi di urgenza o qualora venissero meno i doveri di umanità, rifiutare le cure per ragioni professionali o personali.

⁶⁶Le possibilità di cura delle patologie gravi nel paese di origine sono valutate individualmente, sulla base di una combinazione di fonti d'informazione sanitaria. L'offerta delle cure è da apprezzare in particolare in riferimento all'esistenza di strutture, apparecchiature, farmaci e dispositivi medici, così come del personale competente, necessario ad assicurare un'assistenza appropriata della malattia in questione. L'apprezzamento delle caratteristiche del sistema sanitario deve inoltre permettere la determinazione della possibilità o meno di accedere effettivamente all'offerta di cure e dunque al trattamento appropriato (Ministre des affaires sociales et de la santé, *arrêté du 5 janvier 2017* cit., art. 3).

3. Lo *status* giuridico della persona straniera e la differenziazione in dignità e diritti

Il quadro tracciato nel paragrafo precedente mette in evidenza la differenziazione nella titolarità del diritto alla protezione della salute stabilita dalla legge, graduata a seconda dello *status* giuridico della persona.

Le insidiose conseguenze per la salute individuale e collettiva di simile distinzione legale venivano rilevate sin dall'adozione della legge Pasqua (*supra* nota 28). Nel testo del ricorso che i deputati presentarono al *Conseil constitutionnel* contro la legge, infatti, si denunciava la grave precarizzazione sociale e giuridica subita dalle persone straniere in situazione irregolare e si sottolineava che «les prestations sociales [...] sont constitutionnellement dues à toute personne qui remplit les conditions d'obtention qu'impose leur objet et, de ce point de vue, la nationalité ne constitue pas un critère admissible ni davantage le caractère régulier ou irrégulier du séjour en France: l'alinéa 11 du préambule de 1946 [...] concerne des 'droits de l'homme' expressément reconnus à 'tous'» [corsivo di chi scrive]⁶⁷.

Già a partire dagli anni 1970 si assiste in Francia ad un doppio movimento di inclusione-esclusione: alla generalizzazione della protezione sociale⁶⁸ si accompagna infatti la ricomposizione delle “frontiere interne” della stessa, attraverso l'estromissione progressiva degli stranieri sulla base del criterio della residenza⁶⁹. Di fatto, dunque, «la rencontre entre le droit de la protection sociale, marqué par la mise en œuvre d'un processus de généralisation, et le droit des étrangers, objet, à partir de 1974⁷⁰, d'une inflation législative guidée par la volonté de limiter l'immigration, emporte pour l'étranger [...] restriction de son accès au système social français»⁷¹.

L'anno 1993⁷², con l'adozione della legge Pasqua, segna il momento del passaggio all'esclusione delle persone straniere irregolarmente soggiornanti dal sistema della sicurezza sociale⁷³; questa data costituisce tuttavia solo il primo passo

⁶⁷Décision n. 93-325 DC du 13 août 1993 - Saisine par 60 députés, in www.conseil-constitutionnel.fr.

⁶⁸Attuata attraverso varie leggi che realizzano il passaggio dall'affiliazione sulla base del criterio professionale a quella fondata sulla residenza sul territorio; simile dinamica determina, per i cittadini francesi, un ampliamento dei beneficiari della protezione sociale.

⁶⁹L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale* cit., 245 ss.

⁷⁰Anno in cui venne adottata, nell'ambito del Consiglio dei ministri del 3 luglio, la decisione di “chiudere le frontiere”, impedendo, dopo la crisi petrolifera del 1973, l'arrivo di nuovi lavoratori stranieri. Sulla questione si veda S. Laurens, «1974» et la fermeture des frontières. *Analyse critique d'une décision érigée en turning-point*, in *Politix*, 2, 2008 (n. 82), 69-94. Circa la storia dell'immigrazione in Francia e, in particolare, a proposito del legame tra l'immigrazione e le esigenze del mercato del lavoro si rinvia a G. Noiriel, *État, nation et immigration: vers une histoire du pouvoir*, Paris, 2001, 71 ss.

⁷¹L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale* cit., 260.

⁷²Fino al 1993 le persone straniere beneficiavano, come i cittadini francesi, di una copertura sanitaria di diritto comune che non prevedeva il rispetto di alcuna condizione di soggiorno: essi erano dunque affiliati alla previdenza sociale in quanto lavoratori o in quanto persone indigenti.

⁷³Come dimostra la chiusura delle frontiere ai lavoratori stranieri (*supra* nota 70) o l'adozione di misure quali la soppressione tramite circolare del diritto al lavoro per i richiedenti asilo nel 1991 (circolare PRMC9100057C n. 226 del 26 settembre 1991), al momento dell'approvazione della legge Pasqua, simile misura escludente era sostenuta da un decennio di lavoro volto a giustificarne la fondatezza (C. Izambert, *30 ans de régressions dans l'accès aux soins*, in *Plein droit*, 3, 2010 (n. 86), 6).

di quello che sarà, e continua ad essere⁷⁴, un percorso di progressivo deterioramento dello *status* giuridico e amministrativo della persona straniera e di degradazione permanente delle condizioni di accoglienza.

Per limitarsi solo a qualche esempio si ricorda quanto già richiamato (*supra* par. 2.2) relativamente al «système de santé à plusieurs vitesses»⁷⁵ esistente grazie alla dissociazione tra PUMa e AME, il quale, oltre a garantire ai beneficiari dell'AME un paniere di cure inferiore⁷⁶, determina una maggiore complessità giuridica e pratica, con conseguenze di rilievo per l'accesso alle prestazioni delle persone interessate. La conservazione di questo doppio binario⁷⁷ comporta, in particolare, oneri amministrativi e finanziari ulteriori per il personale ed i servizi sanitari⁷⁸ che si tramutano spesso in veri e propri ostacoli all'accesso alle cure: presa in carico tardiva (spesso dovuta all'esigenza di dimostrare la presenza sul territorio da almeno tre mesi) e conseguentemente più costosa per la salute dei pazienti e per le strutture ospedaliere, problemi legati alla continuità delle cure stesse, negazione illegittima delle cure⁷⁹, richiesta di giustificativi non necessari

⁷⁴Come si vedrà *infra*, la recentissima adozione della legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018 comporta, anche in relazione alla protezione della salute, un'ulteriore precarizzazione della condizione delle persone straniere.

⁷⁵C. Gabarro, *Les demandeurs de l'aide médicale d'État pris entre productivisme et gestion spécifique*, in *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 28, 2, 2012, 37. Sebbene riferite al sistema vigente precedentemente all'entrata in vigore della riforma PUMa, le osservazioni dell'A. risultano, con le dovute modifiche, ancora di estrema attualità.

⁷⁶Per un quadro più chiaro, oltre a quanto riportato *supra* par. 2.2, si rinvia al documento *Aide médicale État (AME). Le contenu du «panier de soins» après la réforme PUMa* (versione del 12 giugno 2018), COMEDE, 2018. Si rileva, in particolare, quanto riferito relativamente ad alcune specifiche prestazioni (ottiche e dentali) le quali, pur essendo incluse nel paniere, non hanno un livello di copertura adeguato a prendere in carico i costi totali determinando conseguentemente, nella pratica, l'impossibilità di beneficiare delle prestazioni in oggetto (2).

⁷⁷Si ricorda che, con la legge n. 99-641 del 27 luglio 1999 relativa alla creazione della **couverture maladie universelle** (CMU), le persone indigenti lasciano il sistema dell'*aide médicale* per essere integrate nell'*assurance maladie* che, precedentemente riservata ai soli lavoratori, diviene ora, sulla base del criterio della residenza, il sistema previdenziale comune a tutta la popolazione attiva e inattiva. Simile generalizzazione della previdenza sociale, adottata nel rispetto dello spirito universalistico della richiamata ordinanza del 1945 (*supra* nota 27), non interessa tuttavia le persone straniere indigenti in situazione di irregolarità, confinate, da sole, nel dispositivo dell'AME. La successiva riforma PUMa mantiene tale esclusione. Per un quadro della riforma CMU si rinvia a J.-F. Chadelat, *La couverture maladie universelle*, in *Revue d'histoire de la protection sociale*, 1, 2012 (n. 5), 101-113; D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État: comment un droit se vide de son sens faute d'être réellement universel*, in *RDSS*, 4, 2005, 543 ss.

⁷⁸Risultano ad esempio problematici i ritardi di rimborso delle spese di cura da parte delle *Caisses Primaires d'Assurance Maladie* (come già detto i beneficiari AME sono dispensati dall'anticipo del costo delle prestazioni sanitarie), che inducono talvolta gli operatori a rifiutare le cure alle persone titolari di AME. Sul punto si vedano le considerazioni del *Défenseur des droits* nell'ambito del rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France*, maggio 2016, 195-196, www.defenseurdesdroits.fr; e i rapporti citati *infra* nota 80. Il *Défenseur des droits*, nominato dal Presidente della Repubblica, garantisce il rispetto dei diritti e delle libertà da parte delle amministrazioni statali e di qualsiasi organo investito di una missione di pubblico servizio (art. 71-1 Cost.).

⁷⁹In base all'art. L. 1110-3 CSP, infatti, «aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins» e «un professionnel de santé ne peut refuser de soigner une personne [...] au motif qu'elle est bénéficiaire de la protection complémentaire ou du droit à l'aide prévus aux articles L. 861-1 et L. 863-1 du code de la

per legge⁸⁰. Aggiungendo poi alle considerazioni di politica dell'immigrazione quelle di bilancio, i poteri pubblici hanno continuato a definire in maniera sempre più rigorosa le condizioni di accesso all'AME⁸¹: nel 2003 è stata introdotta la necessità di presenza sul territorio francese da più di tre mesi⁸²; nel 2011 è stato predisposto il pagamento di un'imposta annuale pari a trenta euro⁸³, abrogata poi l'anno successivo⁸⁴; inoltre, a livello politico, il dispositivo non cessa di essere messo in discussione⁸⁵. Simili restrizioni e riserve nei confronti dell'*aide médicale d'État* sono presenti sin dalla sua nascita, quando si decise di creare un dispositivo a parte temendo che un'assistenza davvero universalistica avrebbe creato un "appel d'air", ovvero comportato l'arrivo incontrollato e incontrollabile di persone desiderose di avvalersi di un'assistenza gratuita da parte del sistema sanitario francese⁸⁶. A questo atteggiamento di sospetto preventivo se ne accompagna un altro di vera e propria delegittimazione e presunzione di frode nei confronti dei beneficiari AME, i quali sarebbero per questo frequentemente sottoposti a trattamenti sfavorevoli e spesso illegittimi⁸⁷. Ciò nonostante studi ufficiali dimostrino che il rischio di abuso e frode nell'ambito dell'AME sia ridotto e si manifesti piuttosto un pericolo di rinuncia alle cure a causa della mancata iscrizione dei potenziali beneficiari nel percorso di accesso alla protezione sociale⁸⁸. Anche la connessione fra l'evoluzione delle spese legate al mantenimento dell'AME e l'aumento del numero dei richiedenti è smentita⁸⁹, mentre sono piuttosto messe in luce le nefaste conseguenze per la salute individuale e collettiva derivanti dall'esclusione stigmatizzante degli stranieri irregolari e dalla volontà di far prevalere considerazioni di politica migratoria rispetto a valutazioni di

sécurité sociale [rispettivamente CMUc e ACS ndr], ou du droit à l'aide prévue [prévu] à l'article L. 251-1 du code de l'action sociale et des familles [AME ndr]».

⁸⁰Sul punto si vedano *Défenseur des droits, Les droits fondamentaux des étrangers en France*, maggio 2016, 192 ss.; *Défenseur des droits, Les refus de soins opposés aux bénéficiaires de la CMU-C, de l'ACS et de l'AME, Rapport remis au Premier ministre*, marzo 2014, 15-19, www.defenseurdesdroits.fr; *VIIH, politique et société, Rapport d'activité du Conseil national du sida, 2010-2011*, 127-130, cns.sante.fr. La portata di simili rifiuti è testimoniata anche dal comunicato stampa dell'ordine dei medici *Refus de soins: l'Ordre va porter plainte contre les médecins annonçant leur refus de prendre en charge des patients attributaires de la CMU-C et de l'AME*, 2 febbraio 2017, www.conseil-national.medecin.fr.

⁸¹K. Michelet, *La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière: un droit en perte d'effectivité*, in RDSS, 6, 2011, 1108 ss.

⁸²Con legge n. 2003-1312 del 30 dicembre 2003.

⁸³Con legge n. 2010-1657 del 29 dicembre 2010, art. 188, convalidata dal Consiglio costituzionale, decisione n. 2010-622 DC del 28 dicembre 2010.

⁸⁴Con legge n. 2012-958 del 16 agosto 2012, art. 41.

⁸⁵Per fare solo un esempio, sia Marine Le Pen sia François Fillon, entrambi candidati alle elezioni presidenziali del 2017, proponevano nei loro programmi la soppressione dell'AME. Inoltre, l'accesso alle cure dei beneficiari dell'AME viene messo in dubbio ogni anno al momento dell'analisi del progetto di legge di bilancio (documento *Liberté, égalité, santé*, Médecins du Monde, Paris, www.medecinsdumonde.org).

⁸⁶D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État* cit.

⁸⁷Si vedano in proposito gli interessanti risultati dell'analisi di E. Carde, *Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins*, in *Santé publique*, vol. 19, 2, 2007, 103 ss.

⁸⁸Si veda, ad esempio, il rapporto *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'État, Inspection générale des finances, Inspection générale des affaires sociales*, novembre 2010, 3, 7-9, www.ladocumentationfrancaise.fr.

⁸⁹*Ibidem*, 10-11. Ciò dimostra che il rischio di "appel d'air" frequentemente invocato nel discorso politico non sia altro che un «fantasme» (D. Maille, A. Toullier, P. Volovitch, *L'aide médicale d'État* cit.).

carattere sanitario⁹⁰.

Al fine di permettere, al contempo, una maggior facilità di assistenza alle persone in situazione di precarietà, un risparmio per le casse dello Stato e una semplificazione amministrativa, molti rapporti⁹¹ suggeriscono la fusione in un unico sistema dei due dispositivi PUMa e AME: ciò determinerebbe la fine della distinzione legale e un miglior controllo delle discriminazioni volontarie e involontarie messe in atto nella pratica dei diritti.

Problematiche simili a quelle esistenti in riferimento all'AME sono riscontrabili, con i dovuti aggiustamenti, anche nella legislazione e nell'attuazione relativa ad altri dispositivi.

Le associazioni segnalano, ad esempio, le condizioni di precarietà sanitaria estrema delle persone che non sono incluse nell'AME a causa della loro presenza sul territorio da meno di tre mesi o della loro incapacità di produrre i giustificativi richiesti: per ottenere il DSUV di cui esse possono beneficiare, occorre che il medico rediga un certificato attestante la necessità delle cure al fine di evitare gravi alterazioni dello stato di salute⁹²; tuttavia accade frequentemente che gli operatori sanitari non conoscano il campo di applicazione reale di tale dispositivo, che si estende anche alle cure volte ad evitare la propagazione di una malattia e alle interruzioni di gravidanza⁹³, e lo azionino solo in caso di pericolo imminente per la vita della persona⁹⁴, provocando esclusioni illecite dal diritto.

Oltre a ciò vengono sottolineate le difficoltà legate alla ristrettezza della lista di titoli di soggiorno sulla base della quale è determinato il rispetto della condizione di regolarità della presenza dei cittadini stranieri in Francia⁹⁵, necessaria per beneficiare delle prestazioni sociali. Da tale lista sono ad esempio estromessi tutti i richiedenti asilo che si trovino nella fase iniziale della procedura, dato che per certificare la regolarità del soggiorno è necessaria una «attestation de demande d'asile»⁹⁶ che viene rilasciata settimane o addirittura mesi dopo la richiesta, rendendo nei fatti frequentemente non operativa la clausola contenuta nell'articolo D.160-2 CSS (*supra* nota 32), che esclude i richiedenti asilo dalla necessità di soddisfare il criterio della stabilità della residenza sul territorio francese da più di tre mesi⁹⁷.

In riferimento al *droit de séjour pour soins*, si sottolinea come anch'esso abbia conosciuto, nel corso del tempo, tentativi di ridefinizione in senso restrittivo: la

⁹⁰Défenseur des droits, rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France* cit., 191 ss.

⁹¹Si vedano, ad esempio, il rapporto *Précarité, pauvreté et santé*, Académie nationale de médecine, 20 giugno 2017, 10, 15, 17, www.academie-medecine.fr; il rapporto *Observatoire de l'accès aux droits et aux soins de la mission France*, Médecins du Monde, Paris, 2016, 56, www.medecinsdumonde.org; Défenseur des droits, rapporto *Les droits fondamentaux des étrangers en France* cit., 196; il parere *Accès aux soins des plus démunis: CMU, ACS, AME, dix ans après, revaloriser et simplifier les dispositifs pour réduire le non-recours à la couverture maladie et améliorer l'accès aux soins des plus démunis*, Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, 5 luglio 2011, 5, www.ville.gouv.fr; il rapporto *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'État* cit., 21.

⁹²Art. L. 254-1 CASF, su cui *supra* nota 52.

⁹³Oltre che ad altre circostanze definite dalla circolare del 16 marzo 2005, su cui *supra* nota 53.

⁹⁴Rapport d'observation et d'activité 2017, COMEDE, 96, www.comede.org.

⁹⁵Definita dall'*arrêté du 10 mai 2017*, *supra* nota 35.

⁹⁶*Arrêté du 10 mai 2017*, punto 15.

⁹⁷Sul punto si vedano il documento GISTI, *La prise en charge des frais de santé des personnes étrangères* cit., 16-17, 25; COMEDE, *Rapport d'observation et d'activité 2017* cit., 90.

“loi Besson” del 2011⁹⁸, successivamente modificata⁹⁹, sostituiva infatti alla nozione di beneficio effettivo delle cure quella di «absence»¹⁰⁰ di un trattamento appropriato nel Paese di origine ai fini del rilascio della carta di soggiorno in oggetto. In questo modo “la seule existence d’un traitement approprié, dans le pays d’origine, même théorique, même en quantité insuffisante [...], même à un coût excessif par rapport au niveau de vie ou au système d’assurance maladie, même sans structure sanitaire adaptée, suffirait à considérer que l’intéressé ne peut prétendre à une carte de séjour pour raison médicale et devrait retourner dans son pays pour recevoir des soins”¹⁰¹. La legge del 2016 che interviene a modificare tale disposizione¹⁰² determina tuttavia una nuova azione restrittiva: la valutazione medica delle domande di *carte de séjour pour soins* diviene, a partire dal 1 gennaio 2017, di competenza di un collegio di medici dell’*Office français de l’immigration et de l’intégration* (OFII), dipendente dal ministero dell’interno, e non più, come precedentemente, dei medici delle *agences régionales de santé* (ARS), dipendenti dal ministero della salute. In questo modo «d’une perspective initiale de santé publique, la régularisation des malades étrangers présents sur le territoire évolue davantage vers une volonté de contrôle migratoire»¹⁰³. Già precedentemente all’approvazione della legge il *Défenseur des droits* aveva raccomandato la soppressione di tale trasferimento di competenze che avrebbe comportato il rischio che l’OFII «sous tutelle exclusive du ministère de l’intérieur, s’éloigne de l’objectif de protection et de prévention en matière de santé (individuelle et de santé publique) pour privilégier un objectif de gestion des flux migratoires et de contrôle des étrangers puisqu’aucune garantie d’indépendance de ses acteurs n’est assurée»¹⁰⁴, portando inoltre con sé la considerazione implicita delle persone malate straniere «comme étrangères avant d’être malades»¹⁰⁵. Simili inquietudini paiono essere confermate dall’intensificazione della lotta alla frode e dall’interpretazione sempre più restrittiva delle condizioni mediche che hanno seguito questa modifica legislativa¹⁰⁶.

Gli esempi, certamente non esaurienti, cui si è fatto riferimento sino ad ora sono volti a testimoniare il clima di crescente precarizzazione dello *status* giuridico e stigmatizzazione sociale della persona straniera malata.

L’ultimo, recentissimo, capitolo di tale orientamento è costituito dall’approvazione della l. n. 2018-778 del 10 settembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d’asile effectif et une intégration réussie*, la cosiddetta “loi

⁹⁸ Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011.

⁹⁹ Con legge n. 2016-274 del 7 marzo 2016.

¹⁰⁰ *Ibidem*, art. 26. Simile disposizione è convalidata dal Consiglio costituzionale, decisione n. 2011-631 DC del 9 giugno 2011, considerando n. 36.

¹⁰¹ *Rapport de l’observatoire malades étrangers, Droit au séjour pour soins*, AIDES, giugno 2015, 9, www.aides.org.

¹⁰² Ci si riferisce alla già citata legge n. 2016-274, la quale sopprime, infatti, il riferimento all’assenza di un trattamento appropriato nel Paese d’origine ristabilendo quello al beneficio effettivo dello stesso (art. L. 313-11, 11° CESEDA).

¹⁰³ N. Klausser, *La régularisation pour soins des étrangers: symptômes d’une pathologisation d’un droit de l’homme*, in *La Revue des Droits de l’Homme*, 11, 2017, 7.

¹⁰⁴ *Avis du Défenseur des droits n. 15-17*, 23 giugno 2015, 6, juridique.defenseurdesdroits.fr. Sul punto si vedano anche *Avis sur la réforme du droit des étrangers*, *Commission nationale consultative des droits de l’homme*, 21 maggio 2015, 11-12, www.cncdh.fr; *Les personnes étrangères malades et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France*, ODSE, gennaio 2015, 1-4, www.gisti.org.

¹⁰⁵ *Ibidem*, 7.

¹⁰⁶ *VIIH/hépatites, la face cachée des discriminations, Rapport 2017*, AIDES, 46-50, www.aides.org.

Collomb¹⁰⁷. In riferimento, in particolare, alla protezione della salute, rileva ad esempio la disposizione che modifica l'art. L. 311-6 CESEDA¹⁰⁸ prevedendo che la persona straniera possa presentare, accanto alla domanda d'asilo, una domanda di soggiorno fondata su un altro motivo entro un termine prestabilito (che sarà fissato tramite decreto). Al di là di questo termine, salvo sulla base di circostanze nuove, in particolare per motivi di salute, la persona non potrà chiedere di essere ammessa al soggiorno. Il rilievo critico che viene mosso a tale misura concerne il fatto che numerose persone scoprono di essere malate dopo il loro arrivo in Francia¹⁰⁹ e molti dei titolari di un primo permesso di soggiorno per cure mediche abbiano visto precedentemente respinta la loro domanda di asilo¹¹⁰. Nel caso in cui non chiedano di registrare la propria domanda di *carte de séjour pour soins* entro il termine fissato, essendo la diagnosi della loro malattia potenzialmente ancora in corso (dati i tempi necessari per la valutazione dello stato di salute e lo *screening* sanitario), le persone interessate potranno vedersi rifiutare una registrazione successiva della richiesta poiché non derivante da «circonstances nouvelles» (ovvero scoperte dopo la notifica della misura di allontanamento conseguente al rifiuto della domanda d'asilo). Questa evenienza potrebbe moltiplicare le situazioni di incertezza dello *status* e dei diritti di coloro che, certificati come gravemente malati e dunque potenziali titolari della *carte de séjour pour soins* non potranno tuttavia depositare la domanda al di là del detto termine, ma nemmeno essere espulsi, in base al divieto di cui all'art. L. 511-4, 10° CESEDA¹¹¹. La misura rischia

¹⁰⁷La legge è stata complessivamente convalidata dal Consiglio costituzionale (salvo alcuni articoli censurati per vizi di carattere procedurale e una riserva d'interpretazione), decisione n. 2018-770 DC del 6 settembre 2018.

Fatte salve alcune disposizioni della legge immediatamente applicabili, essa entrerà in vigore in due tempi: il 1 gennaio 2019 la parte relativa all'asilo e alla lotta contro l'immigrazione irregolare e il 1 marzo 2019 la parte afferente il soggiorno, la nazionalità e l'integrazione degli stranieri regolari. Si veda nello specifico la circolare del ministero degli interni INTV1824378J dell'11 settembre 2018.

Per soffermarsi solo su alcuni dei numerosi punti critici della legge in oggetto, si ricorda che essa prevede un'accelerazione generalizzata della procedura di esame delle domande d'asilo; l'allungamento della durata massima della *rétention* amministrativa da 45 a 90 giorni (comunque ulteriormente prolungabili) e del trattenimento per la verifica del titolo di soggiorno da 16 a 24 ore; la detenzione di un anno ed una multa di 3.750 € per coloro che si rifiutino di sottoporsi al rilevamento delle impronte digitali e conferma e rafforza, in circostanze specifiche e determinate, la possibilità di trattenimento nei *Centres de rétention administrative* (CRA) del minore che «accompagne un étranger placé en rétention» (art. 28). Quest'ultimo punto risulta particolarmente rilevante e problematico perché la Francia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio per la pratica della detenzione dei minori nei CRA; si vedano in proposito, sebbene facciano riferimenti alla norma precedente la modifica adottata con la legge 2018-778, i rilievi sollevati nella *décision du Défenseur des droits* n. 2018-045 dell'8 febbraio 2018, juridique.defenseurdesdroits.fr.

Per un commento critico di alcuni aspetti della legge si veda *Décryptage de la loi asile et immigration*, LA CIMADE, 1 agosto 2018, www.lacimade.org.

¹⁰⁸Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018, art. 44.

¹⁰⁹Il 68%, secondo il *Rapport 2017 du COMEDE, Activité 2016*, 21 agosto 2017, 48, www.comede.org.

¹¹⁰Il 39% (dato riferito al 2010), secondo il *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades, Inspection générale de l'administration, Inspection générale des affaires sociales*, marzo 2013, 46, www.ladocumentationfrancaise.fr.

¹¹¹«Ne peuvent faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français: [...] L'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu

dunque di determinare un nuovo, ulteriore, irrigidimento favorevole ad una politica di allontanamento accelerato, ma poco rispettoso delle politiche sanitarie¹¹².

Un altro aspetto problematico riguarda la modifica dell'art. L. 552-7 CESEDA¹¹³ mediante l'estensione della durata massima della *rétention* amministrativa per la persona straniera irregolare da 45 a 90 giorni; fra i motivi per i quali il periodo di trattenimento può essere prolungato è enumerata anche l'eventualità in cui la persona straniera abbia invocato, negli ultimi quindici giorni della *rétention* ordinaria e « dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement », una protezione contro l'allontanamento a causa del suo stato di salute (sulla base dell'art. L. 511-4, 10° CESEDA)¹¹⁴. Il *Conseil d'État*, in un parere espresso sul progetto di legge, ritiene tale previsione contraria al diritto alla protezione della salute, poiché reputa difficile presumere in maniera assoluta che ogni domanda di protezione presentata tardivamente sia necessariamente dilatoria¹¹⁵. È inoltre da considerare che per una persona in situazione di *rétention* non è di fatto possibile ostacolare autonomamente la misura di allontanamento per motivi di salute, dal momento in cui, per procedere, è necessario che il medico del *Centre de rétention administrative* (CRA) diagnostichi una patologia grave ai sensi dell'art. L. 511-4, 10° CESEDA¹¹⁶.

Sebbene, come è naturale, le conseguenze derivanti dall'adozione della nuova legge potranno essere valutate solo dopo la sua completa entrata in vigore, le nuove disposizioni sono innegabilmente testimoni e si inscrivono nell'ambito del clima di crescente ed esacerbata disumanità nei confronti degli "stranieri"¹¹⁷, che interessa l'intero continente europeo (e non solo). A seguito della crisi dei rifugiati del 2015¹¹⁸ si è assistito ad una sorta di riaffermazione perenne della crisi stessa,

égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié».

¹¹²Così in *Projet de loi Collomb sur l'asile et l'immigration: l'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires à la santé des personnes étrangères*, ODSE, marzo 2018, 1-2, www.comede.org. Sebbene tale analisi sia riferita al progetto di legge essa, con le dovute trasposizioni, è ancora attuale e ad essa si rinvia per una trattazione completa delle possibili problematiche legate alla protezione salute delle persone straniere derivanti dalla legge in oggetto.

¹¹³Legge n. 2018-778 del 10 settembre 2018, art. 29.

¹¹⁴La misura può essere adottata anche nei confronti di coloro che, nelle medesime condizioni, presentino una richiesta di asilo.

¹¹⁵*Avis sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, *Conseil d'État*, 15 febbraio 2018, 18, www.conseil-etat.fr.

¹¹⁶*Projet de loi Collomb sur l'asile et l'immigration: l'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires* cit., 4.

¹¹⁷Si sottolinea come il fatto stesso di designare "stranieri", "migranti", "rifugiati", "profughi", "irregolari", "richiedenti asilo" sempre al plurale, induca a classificarli come un gruppo omogeneo, contribuendo a strutturare l'identità per giustapposizione rispetto alla "nostra": gli "altri" sono coloro che non sono in possesso delle categorie identitarie che ci appartengono (cittadino, regolare...). Simile linguaggio, che disperde nella massa la singolarità di ciascun individuo e la sua storia, è certamente funzionale alla logica escludente dei gruppi contrapposti e alla retorica dell'invasione che caratterizzano la nostra contemporaneità. Sul tema si vedano M. Binotto, M. Bruno, *Spazi mediali delle migrazioni. Framing e rappresentazioni del confine nell'informazione italiana*, in *Lingue e Linguaggi*, 25, 2018, 36-37; A. Dal Lago, *Non Persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Milano, 2002, 213.

¹¹⁸Su cui si vedano, *ex multis*, B. Nascimbene, *Refugees, the European Union and the 'Dublin System'. The Reasons for a Crisis*, in *European Papers*, vol. 1, 1, 2016, 101-113; C. Wihtol de Wenden, *Rifugiati, accoglienza e crisi dell'Europa*, in *il Mulino, Rivista bimestrale di cultura e di*

ponendo la questione dei migranti e degli stranieri¹¹⁹ al centro di un vortice politico, mediatico, etico, giuridico e soprattutto, ed essenzialmente, umano. Limitandosi a richiamare solo alcuni esempi di questa variegata parabola ascendente di inasprimento giuridico, politico e sociale, si pensi alla crescita della retorica identitaria e nazionalista a livello europeo¹²⁰; alla lunga e ancora attuale campagna di criminalizzazione delle Organizzazioni non governative (ONG), tacciate di collaborazionismo con i trafficanti e accusate di essere un fattore di incentivo dell'immigrazione irregolare¹²¹; all'apertura di procedimenti penali nei confronti delle stesse¹²²; alla politica di esternalizzazione delle frontiere¹²³ e alle conseguenze che ne derivano¹²⁴; alla crescente de-formalizzazione degli strumenti utilizzati per regolare i flussi migratori, che determina comunque conseguenze immediate sui diritti delle persone ma le priva frequentemente di adeguati strumenti di garanzia¹²⁵; alle inqualificabili vicende legate alle navi *Aquarius*,

politica, 6, 2015, 1009-1017; A. Junca, B. Maître, *Crise des réfugiés, ou crise de l'accueil et de la solidarité?*, in *Hommes & Libertés*, 172, 2015, 20-22.

¹¹⁹Ciò avviene anche perché, a livello nazionale, una volta attraversate le frontiere giuridiche (mediante la regolarizzazione, il matrimonio...), i nuovi cittadini continuano ad essere considerati stranieri a causa di discriminazioni di ogni genere, come riporta C. Wihtol de Wenden, *Frontières, nationalisme et identité politique*, in *Pouvoirs*, 2, 2018 (n. 165), 48.

¹²⁰In particolare, per soffermarsi solo su alcuni esempi recenti: la crescita del consenso del partito di destra nazionalista *Sweden Democrats* alle elezioni svedesi del 9 settembre 2018; la vittoria delle elezioni parlamentari slovene del 3 giugno 2018 da parte del Partito democratico sloveno (SDS) guidato da Janez Janša (nonostante si sia successivamente costituito un governo di coalizione moderato che colloca il partito SDS all'opposizione); la netta riaffermazione del partito ungherese FIDESZ, cui appartiene il Primo ministro Viktor Orbán, nelle elezioni parlamentari dell'8 aprile 2018; l'ascesa al governo della Lega in Italia a seguito del "contratto di governo" con il Movimento cinque stelle successivo alle elezioni del 4 marzo 2018 e l'avanzata del centrodestra nelle elezioni amministrative del giugno 2018; l'approdo di Marine Le Pen al secondo turno delle elezioni presidenziali francesi del 7 maggio 2017.

Sul tema dei fattori determinanti l'espansione dei partiti di estrema destra in Europa si veda, ad esempio, la sintesi di L. Davis, S. S. Deole, *Immigration and the Rise of Far-Right Parties in Europe*, in *ifo DICE REPORT, Determinants of populist Voting*, vol. 15, 4, 2017, 10-15.

¹²¹Si rinvia, in merito, al rapporto *Blaming the rescuers. Criminalising solidarity, re-enforcing deterrence*, redatto da *Forensic Architecture agency* e *Goldsmiths* (Università di Londra), blamingtherescuers.org.

¹²²Si ricordano il sequestro della nave *Iuventa*, sul quale si veda R. Barberini, *Il sequestro della Iuventa: ong e soccorso in mare*, in *Questione giustizia*, 18 settembre 2017, e le vicende legate alla nave *Open Arms*, su cui F. De Vittor, *Soccorso in mare e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: sequestro e dissequestro della nave Open Arms*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 12, 2, 2018, 443-452. Sul tema si rinvia anche a S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2018, 134-144; L. Masera, *L'incriminazione dei soccorsi in mare: dobbiamo rassegnarci al disumano?*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 225-238.

¹²³Si veda, da ultimo, C. L. Cecchini, G. Crescini, S. Fachile, *L'inefficacia delle politiche umanitarie di rimozione degli "effetti collaterali" nell'ambito dell'esternalizzazione con particolare attenzione al resettlement. La necessità di vie legali effettive e vincolanti*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, 2, 2018.

¹²⁴Sul punto si rinvia al rapporto *The human rights risks of external migration policies*, Amnesty International, 2017, www.amnesty.org.

¹²⁵Ci si riferisce, in generale, alla tendenza ad adottare procedure ed accordi di carattere *soft* i quali, pur collocandosi al di fuori del diritto positivamente inteso, non mancano di produrre effetti giuridici rilevanti anche e soprattutto in riferimento ai diritti fondamentali della persona, senza però assicurarle adeguate garanzie. Nello specifico si richiamano l'attuazione, tramite l'Agenda europea sulla migrazione del maggio 2015 (*Comunicazione della Commissione*

Lifeline e *Diciotti*¹²⁶; alla politica di collaborazione fra l'Italia e la Libia¹²⁷ messa in atto al fine di intercettare e ricondurre le persone in fuga sul suolo libico¹²⁸, e alle sue conseguenze, giuridicamente accertate dalla sentenza della Corte d'assise di Milano che ha condannato all'ergastolo un cittadino somalo per sequestro di persona a scopo di estorsione, violenza sessuale e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina¹²⁹; al recente preoccupante inasprimento normativo

al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final), dell'approccio *hotspots* e la composita categoria degli accordi di riammissione siglati con i Paesi terzi. Quanto al primo elemento, si tratta di un meccanismo adottato, appunto, tramite un atto di *soft law* quale la comunicazione, che ha dato però il via ad un ampio mutamento della politica europea in materia, concretizzato a sua volta da una varietà di strumenti informali del tutto al riparo da possibilità di contestazione. Sul punto S. Slama, *Crise de l'asile: un supra infra-droit à l'abri de tout contentieux?*, in *Plein droit*, 4, 2016 (n. 111), 49-56. Quanto agli accordi di riammissione si pensi, ad esempio, a quello concluso fra Unione europea e Turchia, il quale prende la forma di un comunicato stampa (144/16 del 18 marzo 2016, www.consilium.europa.eu), su cui si rinvia a C. Favilli, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 10, 2, 2016, 405-426, oppure ai due *Memorandum* che l'Italia ha concluso, rispettivamente, con il Sudan il 3 agosto 2016 e con la Libia il 2 febbraio 2017, su cui si veda A. Algostino, *L'esternalizzazione soft delle frontiere e il naufragio della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017.

Sul tema della *soft law* si rinvia ad A. Algostino, *Diritto proteiforme e conflitto sul diritto. Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto*, Torino, 2018, 171-197, specificamente sulla questione della gestione dell'immigrazione tramite atti di *soft law*, 195-197.

¹²⁶Si vedano, su questi ed altri episodi, i rilievi sollevati e le preoccupazioni espresse da numerose organizzazioni nella lettera inviata ad autorità e istituzioni italiane e internazionali *Chiusura dei porti italiani alle navi che trasportano persone soccorse in mare e minacce di respingimenti in Libia*, 30 luglio 2018, www.asgi.it. Circa la necessità di rafforzare le capacità di ricerca e soccorso in mare e i timori per le implicazioni derivanti dalla negazione del permesso di sbarcare le persone salvate, si veda il comunicato dell'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR), *Calo degli arrivi e aumento dei tassi di mortalità nel mar Mediterraneo: l'UNHCR chiede un rafforzamento delle operazioni di ricerca e soccorso*, www.unhcr.it.

¹²⁷Sul tema si veda, da ultimo, F. Pacella, *Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2018, 5-23.

¹²⁸Si ricorda, a titolo di esempio, quanto successo il 6 novembre 2017 tra un'unità della Guardia Costiera libica e la nave dell'ONG *Sea-Watch* (sia consentito il rimando al video completo dell'accaduto, *EXKLUSIVE: Full incident of 06 November 2017 with the Libyan Coast Guard*, in www.youtube.com), costato la vita ad un numero ancora imprecisato di persone (almeno venti, fra le quali due minori) e che ha comportato il ritorno forzato di altri individui in Libia. Alcuni sopravvissuti, sostenuti da numerose organizzazioni per i diritti umani, hanno presentato, nel maggio 2018, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) contro l'Italia, come riportato alla pagina *Legal action against Italy over its coordination of Libyan Coast Guard pull-backs resulting in migrant deaths and abuse* del sito sea-watch.org.

¹²⁹Corte d'assise di Milano, sent. n. 10/17 del 10 ottobre 2017, circa la quale si rinvia a G. Battarino, *I campi di raccolta libici: un'istituzione concentrazionaria (Nota a Corte di assise di Milano, sentenza 10 ottobre - 1° dicembre 2017)*, in *Questione giustizia*, 2, 2018, 239-245; in argomento anche S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4, 2018, 207-211. Anche la Corte d'assise di Agrigento ha recentemente confermato, in una sentenza del 12 giugno 2018, la drammaticità delle condizioni di detenzione nei campi libici (secondo quanto riportato dall'Associazione per gli Studi Giuridici sull'Immigrazione, www.asgi.it). Le torture, i maltrattamenti, le sparizioni e le terribili condizioni di detenzione nei campi libici e nelle stesse prigioni ufficiali sono ampiamente certificate anche da due rapporti della *United Nations Support Mission in Libya: Report of the Secretary-General*, S/2018/429, 7 maggio 2018, in particolare p. 7 e *Report of the Secretary-General*, S/2018/780, 24 agosto 2018, in particolare p.

introdotto tramite il decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 in materia di immigrazione e sicurezza¹³⁰. A tutto ciò, e a molto altro¹³¹, si accompagna l'aumento della violenza sociale collettiva, la risposta securitaria generalizzata, l'ossessione per la frontiera¹³².

7, entrambi reperibili nel sito unsmil.unmissions.org. La stessa Corte d'assise di Milano sottolinea la partecipazione delle forze governative libiche al trattamento disumano delle persone imprigionate (si veda p. 62 della sentenza, ove si afferma che dalle testimonianze emerge come «persino nelle prigioni libiche» esse fossero sottoposte a violenze). In una dichiarazione del 14 novembre 2017 anche l'Alto Commissario ONU per i diritti umani metteva in luce come «European Union's policy of assisting the Libyan Coast Guard to intercept and return migrants in the Mediterranean was inhuman. [...] We cannot be a silent witness to modern day slavery, rape and other sexual violence, and unlawful killings in the name of managing migration and preventing desperate and traumatized people from reaching Europe's shores» (*UN human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, www.ohchr.org). Sul punto si vedano anche alcuni dei numerosi *reports* di denuncia da parte delle organizzazioni di difesa dei diritti umani, alcuni piuttosto datati, a testimonianza del prolungarsi negli anni di una gravissima situazione di violazione dei diritti umani fondamentali: *Libia, l'inferno senza fine*, Oxfam, 2018, www.oxfamitalia.org; *Libya's dark web of collusion. Abuses against europe-bound refugees and migrants*, Amnesty International, 2017, www.amnesty.org; *Scacciati e schiacciati. L'Italia e il respingimento di migranti e richiedenti asilo, la Libia e il maltrattamento di migranti e richiedenti asilo*, settembre 2009, www.hrw.org.

¹³⁰Il decreto, convertito con modificazioni dalla legge 1 dicembre 2018, n. 132, è entrato in vigore il 5 ottobre 2018. Si vedano in argomento i numerosi rilievi sollevati dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, in particolare circa le problematiche legate all'incremento del ricorso alla misura della privazione della libertà personale, al prolungamento della durata massima del trattenimento nei Centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) e all'ampliamento della tipologia dei luoghi di privazione della libertà destinati alla detenzione amministrativa e al trattenimento, nel documento *Parere del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 recante titolo: "Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata"*, 15 ottobre 2018, www.garantenazionaleprivatiliberta.it. Si rinvia inoltre alla nota critica *Manifeste illegittimità costituzionali delle nuove norme concernenti permessi di soggiorno per esigenze umanitarie, protezione internazionale, immigrazione e cittadinanza previste dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113*, 15 ottobre 2018, www.asgi.it. Rilevano inoltre le preoccupazioni espresse dall'UNHCR in merito al decreto (*Osservazioni UNHCR sul Decreto legge in materia di protezione internazionale e immigrazione, e sicurezza pubblica*, www.unhcr.it).

¹³¹Non si può non ricordare la vicenda legata a Riace e al suo sindaco Domenico Lucano.

¹³²A proposito della Francia, si ricorda che sono stati dalla stessa ristabiliti i controlli alla frontiera interna (sulla base dell'art. 25 del Regolamento n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone - codice frontiere Schengen) nel novembre 2015, inizialmente nel contesto della Conferenza ONU sul clima svoltasi a Parigi, e in seguito a causa della dichiarazione dello stato di emergenza terroristica che ne ha consentito una proroga costante. Il *juge des référés* del Consiglio di Stato, adito da alcune associazioni, non ha ritenuto che i controlli praticati alla frontiera franco-italiana fossero contrari al quadro legale di riferimento, respingendo dunque il ricorso (Ordinanza Nos 391192, 391275, 391276, 391278, 391279, 29 giugno 2015, www.conseil-etat.fr). Il Tribunale amministrativo di Nizza, interrogato circa il respingimento di numerosi minori non accompagnati alla frontiera con l'Italia, ha invece accertato la violazione delle particolari garanzie che l'ordinamento francese riconosce a questi soggetti (si vedano, in particolare, l'art. L. 213-2 CESEDA e l'art. 3 della Convenzione sui diritti dell'infanzia) e dichiarato illegittime le decisioni di respingimento: si vedano ad esempio l'Ordinanza n. 1800699, 23 febbraio 2018 e l'Ordinanza n. 1800195 del 22 gennaio 2018, in www.infomie.net. Si rinvia, per un quadro

Alla discriminazione legale in materia di protezione della salute che è stata messa in evidenza, la quale determina una sorta di “esclusione dolce” mediante la creazione di dispositivi specifici riservati alle persone straniere irregolari, si sommano dunque l'applicazione di un diritto speciale, per definizione differente dal *droit commun* che è custode di uguaglianza e sempre meno garantito perché sempre più *soft*, e altri numerosi elementi di fragilizzazione a livello sociale. Questi ultimi, che possono prendere la forma di barriere “oggettive” che rendono più difficoltoso l'accesso alle cure per le persone straniere, quali gli ostacoli linguistici e di movimento¹³³, la mancanza di informazione circa i propri diritti, oppure quella delle già citate prassi discriminatorie nell'applicazione del diritto (*supra* note 78 e 80), o ancora la forma delle barriere finanziarie, dell'isolamento sociale e affettivo¹³⁴ costituiscono ulteriori frontiere che la persona straniera malata deve attraversare e abbattere, ma che interferiscono inevitabilmente con il suo stato di salute, contribuendo a renderlo soggetto ad una vulnerabilità crescente¹³⁵. Tutto ciò, naturalmente, sottintende la considerazione del concetto di salute nella complessità di ogni sua dimensione, come il «risultato di processi multipli determinati da fattori economici, sociali, politici, biologici, ambientali e culturali»¹³⁶. L'accettazione di simile complessità multiforme¹³⁷ conduce a guardare alla salute come ad un processo cui è necessario confrontarsi legando fra loro i differenti approcci: sociologico, biologico, psicologico, epidemiologico. Solo

della situazione alla frontiera franco-italiana, ai seguenti rapporti: *Se questa è Europa. La situazione dei migranti al confine italo francese di Ventimiglia*, Oxfam, giugno 2018, www.oxfamitalia.org; *Note d'analyse: Rétablissement des contrôles aux frontières internes et état d'urgence. Conséquences en zone d'attente*, Anafé, maggio 2017, www.anafe.org; *Des contrôles aux confins du droit. Violation des droits humains à la frontière avec l'Italie. Synthèse de mission d'observation*, Amnesty International, febbraio 2017, www.amnesty.fr.

¹³³Come rilevato, ad esempio, dal rapporto *Observatoire de l'accès aux droits et aux soins de la mission France*, Médecins du Monde cit., 36, il 35% delle persone straniere in situazione irregolare limita il più possibile i propri spostamenti temendo possibili arresti. Simile circostanza determina ovvie conseguenze sul ricorso alle cure, che avviene spesso solo in caso di urgenza, con oneri per la salute personale (e per le finanze pubbliche) ulteriori.

¹³⁴Circa l'impatto sulla salute mentale dei legami sociali, in particolare in riferimento alle persone immigrate, si veda, ad esempio, A. Tortelli, D. Sauzé, N. Skurnik, *Capital social, santé mentale et immigration*, in *Annales Médico-psychologiques*, vol. 175, issue 6, 2017, 573-576.

¹³⁵In argomento, *ex multis*, K. Hacker, M. Anies, B. L. Folb, L. Zallman, *Barriers to health care for undocumented immigrants: a literature review*, in *Risk Management and Healthcare Policy*, 8, 2015, 175-183; S. Larchanché, *Intangible obstacles: Health implications of stigmatization, structural violence, and fear among undocumented immigrants in France*, in *Social Science & Medicine*, 74, 2012, 858-863.

¹³⁶AA. VV., *Dictionnaire de droit de la santé et de la biomédecine*, P. Pedrot dir., Paris, 2006, 403. Tale definizione del concetto di salute è lontana dall'essere universalmente condivisa dalla dottrina, che è anzi pressoché unanime nel ritenere la mancanza di una definizione univoca un primordiale elemento di difficoltà e incertezza nello studio della materia. Come è già stato sottolineato, simile insicurezza definitoria lascia al legislatore un ampio margine di manovra, il che comporta rischi di involuzione del contenuto stesso del diritto.

¹³⁷Condivisa da numerosissimi lavori che si occupano di indagare le disuguaglianze sanitarie, *ex multis*: T. Lang, M. Kelly-Irving, S. Lamy, B. Lepage, C. Delpierre, *Construction de la santé et des inégalités sociales de santé: les gènes contre les déterminants sociaux?*, in *Santé Publique*, vol. 28, 2, 2016, 169-179; i numerosi contributi contenuti in AA. VV., *Les inégalités sociales et la santé. Enjeux juridiques, médicaux et éthiques*, C. Hervé, M. Stanton-Jean, M.-F. Mamzer, B. Ennuyer dir., Paris, 2015; AA. VV., *Les inégalités sociales de santé*, D. Fassin, H. Grandjean, M. Kaminski, T. Lang, A. Leclerc dir., Paris, 2000; lo studio sul rapporto fra salute e reddito dell'economista A. Deaton, *The Great Escape. Health, Wealth, and the Origins of Inequality*, Princeton, 2013.

in questo modo sarà possibile apprezzare adeguatamente il concorso dei determinanti socio-economici che portano all'alterazione della salute¹³⁸.

La vulnerabilità giuridica e quella sociale decretano dunque l'esistenza di una salute legalmente diversa e nei fatti più debole¹³⁹; resta da interrogarsi circa il rapporto tra la fragilizzazione giuridica della figura dello straniero e quella sociale.

4. La costruzione legale e sociale dell'alterità illegale

La discriminazione legale nei confronti della persona straniera irregolare in materia di protezione della salute, e le conseguenze che ne derivano, affondano le radici nella costruzione al contempo giuridica e sociale dell'altro-da-sé, alla quale vale la pena fare cenno.

Simile riflessione conduce inevitabilmente ad interrogarsi circa il ruolo dello Stato, e conseguentemente del diritto, nella creazione normativa (di differenti categorie) dell'essere umano. Si tratta di un argomento estremamente complesso, che include, oltre alla dimensione giuridica, quelle storica, sociologica, linguistica e filosofica alle quali si tenterà, per quanto possibile, di prestare attenzione.

Ogni comunità umana contiene in sé elementi identitari che costituiscono altrettanti fattori di esclusione, poiché per “porsi” come gruppo occorre, al contempo, “op-porsi”. È però attraverso la diffusione generalizzata della forma statale, che si costruisce anche mediante l'affermazione del concetto di nazione, la cui etimologia stessa (derivante da *nasci*, nascere) rinvia all'idea di una comunità di soggetti aventi una medesima origine, che vengono fissate delle frontiere stabili fra un “dentro” e un “fuori”¹⁴⁰, frontiere al tempo stesso fisiche e simboliche. Alla creazione della comunità nazionale si accompagna l'idea dell'emancipazione e delle libertà dei suoi membri, che si esprime attraverso la sovranità di un popolo e ne

¹³⁸Sul tema dei determinanti sociali si rinvia, in particolare, a M. Marmot, R. Bell, *Social inequalities in health: a proper concern of epidemiology*, in *Annals of Epidemiology*, vol. 26, issue 4, 2016, 238-240; P. Demakakos, J. Nazroo, E. Breeze, M. Marmot, *Socioeconomic status and health: The role of subjective social status*, in *Social Science & Medicine*, vol. 67, issue 2, 2008, 330-340; M. Marmot, *Social determinants of health inequalities*, in *The Lancet*, vol. 365, issue 9464, 2005, 1099-1104.

¹³⁹Il tema è estremamente complesso e non è possibile trattarlo adeguatamente nell'ambito del presente lavoro: gli studi che collegano il deterioramento dello stato di salute alla condizione di persona migrante o straniera presentano un'ampia variabilità in relazione ai fattori considerati e una complessità metodologica rilevante. Vi sono naturalmente specificità differenti a seconda della diversa condizione di migrante (soprattutto in riferimento ai traumatismi che si accompagnano ad eventi di guerra o a violenze subite durante il percorso migratorio, su cui si rinvia, ad esempio, a M. Bogic, D. Ajdukovic, S. Bremner et al., *Factors associated with mental disorders in long-settled war refugees: refugees from the former Yugoslavia in Germany, Italy and the UK*, in *British Journal of Psychiatry*, vol. 200, 3, 2012, 216-223; A. Tortelli, N. Skurnuk, A. Szöke, P. Simon, *L'importance de la recherche épidémiologique psychiatrique sur les populations migrantes en France*, in *Annales Médico-Psychologiques*, 175, 2017, 577-582) o di straniero. Ci si limiterà a rinviare ai risultati dello studio *Trajectoires et origines. Enquête sur la diversité des populations en France*, C. Beauchemin, C. Hamel, P. Simon dir., Paris, 2015, in particolare 263-287, che evidenziano come lo stato di salute delle persone migranti uomini, al momento del loro arrivo in Francia sia, a parità di età, generalmente migliore rispetto a quello della popolazione francese («healthy migrant effect»), ma tenda a peggiorare successivamente, in funzione della durata del loro soggiorno nel Paese di accoglienza, a causa delle condizioni di vita (267-268, 280).

¹⁴⁰D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?*, Paris, 1985, 14 ss.

sollecita la dimensione identitaria¹⁴¹: ciò determina, nel momento medesimo in cui la nazione viene pensata e creata, la definizione dello straniero¹⁴². La determinazione dello straniero come colui che non appartiene al gruppo sociale, comporta che egli venga rappresentato sempre in negativo, come un “altro” che non fa parte e non condivide un’identità comune ad un certo gruppo politico. Dinanzi allo Stato, dunque, una persona può corrispondere a due identità fra loro alternative: quella di straniero o quella di cittadino; si tratta di due *status* giuridici e al contempo di due categorie sociali assegnate e costruite unilateralmente dallo Stato medesimo il quale stabilisce le condizioni di acquisizione della nazionalità e al contempo quelle di ingresso, soggiorno ed espulsione dei non cittadini sul proprio territorio¹⁴³.

Il soggetto del diritto, l’*homo juridicus*¹⁴⁴, non è dunque che una costruzione normativa del diritto il quale, attraverso il linguaggio, pone il senso del mondo sociale mediante il “potere di nominare”. In altre parole, le relazioni umane sono sottomesse all’*avatar* puramente umano della legge che è il diritto; garante ultimo di questo ordine giuridico posto è lo Stato¹⁴⁵. Quella di straniero è quindi una categoria sociale individuata dal diritto, la quale, contemporaneamente, agisce su ed è il riflesso dell’immagine che la collettività ha dei soggetti così classificati: ciò spiega perché lo *status* giuridico degli stranieri riproduca il posto da essi occupato nella società, traducendo in forma giuridica e rafforzando l’esclusione e la condizione di inferiorità di coloro che non appartengono al gruppo costituito¹⁴⁶.

Simili considerazioni mettono in luce una nuova dimensione fondamentale nel discorso che riguarda il rapporto fra i soggetti del diritto e lo Stato: quella del potere. La nominazione del mondo sociale è infatti, essenzialmente, una questione di potere e il linguaggio, in questo caso quello del diritto e della legge, è portatore di una forza performativa nei confronti della realtà sociale. Lo Stato, dunque, esercita nei confronti delle persone straniere, quella che Pierre Bourdieu definisce «*violence symbolique*», ovvero quella propria a «*tout pouvoir qui parvient à imposer des significations et à les imposer comme légitimes en dissimulant les rapports de force qui sont au fondement de sa force*» aggiungendo così a questi ultimi, una forza che gli è propria, quella simbolica¹⁴⁷. La pervasività di questa violenza simbolica è rintracciabile anche nelle scelte lessicali che interessano la “categoria” degli stranieri, categoria che, in quanto tale, diluisce l’individualità delle persone coinvolte in una massa indistinta e spersonalizzata (*supra* nota 117),

¹⁴¹Sul tema della costruzione sociale delle identità nazionali si rinvia a G. Noiriel, *La tyrannie du national. Le droit d'asile en Europe (1793-1993)*, Paris, 1991, 83 ss.

¹⁴²K. Blairon, *L'immigrazione, ovvero la variabile geometria dei diritti fondamentali nel diritto costituzionale francese*, in *Immigrazione e diritti fondamentali. Fra costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, S. Gambino, G. D'Ignazio cur., Milano, 2010, 169. L'art. L. 111-1 CESEDA dichiara infatti che «*Sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité*».

¹⁴³D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 41-42, 72, 82.

¹⁴⁴A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, 2005.

¹⁴⁵*Ibidem*, 54-57, 67.

¹⁴⁶D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 8.

¹⁴⁷Quello riportato è l'assioma di apertura del testo P. Bourdieu, J.-C. Passeron, *La reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, 1970, 18. In argomento anche P. Bourdieu, *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, 2014.

in particolare quelli qualificati come «illegali»¹⁴⁸: simile termine, innegabilmente portatore di una connotazione negativa, contribuisce infatti a diffondere e accreditare la percezione di illegittimità e ad alimentare il rigetto e la paura, oltre a favorire la criminalizzazione di coloro la cui illegalità sorge semplicemente come conseguenza della violazione della legge sull'immigrazione, ma non è certamente una caratteristica individuale¹⁴⁹.

Ciò che si ritiene fondamentale mettere in luce è il fatto che l'«illegalità», come la cittadinanza, altro non è che una condizione giuridica che implica una relazione con lo Stato, la cui assegnazione comporta l'assunzione di un'identità politica: non si tratta dunque di un'identità propriamente detta, ma di un'emanazione sociale che viene «naturalizzata» attraverso la legge. Quest'ultima, limitandosi apparentemente a predisporre un contesto neutrale nel quale far muovere le relazioni sociali, genera in realtà numerose disuguaglianze che non sono tuttavia percepite come un prodotto sociale, ma come un fattore naturale, poichè sono neutralizzate attraverso la forma della legge¹⁵⁰. Simile categorizzazione sociale percepita come «obiettiva», consente a tali entità astratte definite dalla legge di essere interiorizzate dagli individui stessi i quali, in questo modo, assimilano le relazioni di potere nelle quali sono implicati¹⁵¹.

La determinazione normativa delle differenti categorie di essere umano, che pone e alimenta l'alterità, l'esclusione, la precarietà, la marginalità, l'inferiorità delle persone straniere¹⁵², è oggi ulteriormente esposta e fragile, poichè il loro *status* giuridico è prodotto sempre meno dalla legge e sempre più attraverso un *infra-droit*¹⁵³ nebuloso e polimorfo, subordinato alle continue (e si è già visto quanto aspre), variazioni della congiuntura politica in materia di immigrazione¹⁵⁴. Il diritto degli stranieri è dunque interessato da una degradazione della forma, non più quella della legge, sebbene anche quest'ultima sia stata progressivamente rimpiazzata dalla decretazione dell'esecutivo a discapito del parlamento, ma regolamentazioni di vario genere che divengono, anziché strumenti di garanzia,

¹⁴⁸L'uso del termine è criticato a causa della sua consonanza con la criminalità e perchè, definendo una persona «illegale», si può giungere alla negazione della sua umanità e dei diritti fondamentali che le spettano indipendentemente dal suo *status* giuridico (R. Cholewinski, *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*, Council of Europe, 2005, 8-9).

¹⁴⁹B. Menezes Queiroz, *Illegally Staying in the EU. An Analysis of Illegality in EU Migration Law*, Oxford-Portland, 2018, 6. In argomento anche S. Le Courant, *Méfiance et enquête de réalité. Ce que les étrangers en situation irrégulière savent de l'État*, in *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 31, 2016, 23-41.

¹⁵⁰N. P. De Genova, *Migrant "Illegality" and Deportability in Everyday Life* cit., 422, 424. Sul punto si vedano anche F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, 2017, 38-39, i quali ritengono che «l'ordine giuridico è il mezzo più potente attraverso il quale viene messa in atto e trasformata in agire sociale un'interpretazione del mondo»; *Antropologia giuridica. Temi e prospettive di ricerca*, A. De Lauri cur., Milano, 2013, in cui si sostiene che, essendo il diritto dipendente dalla visione del mondo elaborata dal gruppo sociale di riferimento e il senso di giustizia naturalmente provvisorio, il dualismo giustizia/ingiustizia è «strumentale alla preservazione della gerarchia sociale» poichè rende «invisibili i dispositivi mediante i quali le ingiustizie si insinuano nelle forme del diritto» (15, 19); A. Supiot, *Homo juridicus* cit., 38 ss.

¹⁵¹G. Noiriel, *État, nation et immigration* cit., 265.

¹⁵²Sul punto si veda anche *Figures de l'Étranger. Quelles représentations pour quelles politiques?*, GISTI, Paris, aprile 2013, www.gisti.org.

¹⁵³Su cui si veda anche *supra* nota 125.

¹⁵⁴D. Lochak, *Étrangers: de quel droit?* cit., 205 ss.

dispositivi malleabili nelle mani dei governi, dell'amministrazione, degli sportelli delle prefetture, dei commissariati di polizia¹⁵⁵.

A simile costruzione giuridica che differenzia i diritti della «persona umana-straniero» da quelli della «persona umana-cittadino»¹⁵⁶ si contrappone il processo di universalizzazione dei diritti umani¹⁵⁷, che identificano il proprio destinatario nell'essere umano astratto, privo di qualunque attributo ulteriore rispetto a quello di umanità. Come messo in luce già da Hannah Arendt¹⁵⁸ tuttavia, all'universalità dei diritti della persona umana si oppone la sovranità statale, la quale entra in collisione e sbriciola la protezione dei diritti dell'uomo astratto, riducendo l'inalienabilità teorica dei diritti della persona umana alla realtà di diritti goduti soltanto dai cittadini di uno Stato: «i diritti dell'uomo erano stati definiti inalienabili perché si presumeva che fossero indipendenti dai governi», tuttavia, non appena gli individui «erano costretti a contare sul minimo di diritti che dovevano avere acquistato con la nascita, non trovavano nessuna autorità disposta a garantirlo»¹⁵⁹. Essendo la comunità internazionale formata da Stati che rivendicano e difendono la loro sovranità, i diritti umani vengono dunque identificati, restringendone la portata, con i diritti del popolo, e l'uomo diviene, di fatto, solo colui che è parte della comunità nazionale: l'uomo non è restato un universale astratto, ma è stato soppiantato dall'uomo situato, membro di una nazione e solo titolare dei diritti umani¹⁶⁰. In questo senso anche la costruzione dell'Europa unita, che appariva come la proiezione della possibile dispersione della sovranità assoluta degli Stati nazionali, conserva le proprie frontiere simboliche (e fisiche): la messa in campo della cittadinanza europea, se abbatte le frontiere interne, ne crea al tempo stesso di nuove all'esterno.

Restituire l'immagine delle radici profonde della differenziazione che la legge stabilisce nei confronti della persona straniera è utile a situare la questione del godimento di un diritto fondamentale come quello alla protezione della salute in un contesto più generale.

Sostanzialmente, al fine di accedere ai diritti, l'uomo deve costantemente render conto, attraverso documenti di identità (o permessi di soggiorno, visti di ingresso...) che permettono di dare forma materiale alle categorie astratte costruite dal diritto, della legittimità delle sue appartenenze: in questo modo la dominazione politica prende la forma del controllo delle identità simboliche che ciascuno di noi possiede¹⁶¹. Escludere alcuni soggetti dall'appartenenza ad un'identità che consenta di essere davvero esseri umani pienamente titolari di diritti, significa non consentire loro di accedere ad un mondo comune, una comunità ove siano

¹⁵⁵*Ibidem*, 214.

¹⁵⁶A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005, 430. L'A. sottolinea come, nella realtà, simile semplificazione binaria corrisponda ad una varietà di *status* molto più ampia: cittadino, straniero regolarmente residente, straniero regolarmente residente da un certo numero di anni, straniero in stato di rifugio o asilo, straniero irregolarmente presente sul territorio, straniero-minore, straniero-donna in stato di gravidanza.

¹⁵⁷Circa la complessità della categoria dei diritti umani, in particolare in riferimento alla questione del pluralismo culturale, si rinvia a D. Lochak, *Les droits de l'homme*, Paris, 2009, 46 ss.; A. Algostino, *L'ambigua universalità dei diritti* cit.

¹⁵⁸H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, 372 ss.

¹⁵⁹*Ibidem*, 404.

¹⁶⁰R. Nollez-Goldbach, *Quel homme pour les droits? Les droits de l'homme à l'épreuve de la figure de l'étranger*, Paris, 2015, 135-136.

¹⁶¹G. Noiriel, *La tyrannie du national* cit., 179, 313.

contemplati i loro diritti all'azione e all'opinione, diritti, questi ultimi, che permettono di esistere nella realtà che abitano¹⁶².

Questa negazione dell'identità altrui si sta inoltre, inevitabilmente, riverberando sulla "nostra" identità di cittadini di un continente che, pur essendosi sempre attribuito il vessillo di "patria dei diritti umani", si sta rivelando incapace di riconoscere nell'essere umano in quanto tale i diritti che proclama come inviolabili e fondamentali. Ancora oggi dobbiamo prendere drammaticamente atto che «l'astratta nudità dell'essere-nient'altro-che-uomo»¹⁶³ costituisce per l'uomo stesso la condizione di massimo pericolo.

¹⁶²H. Arendt, *Le origini del totalitarismo* cit., 410 ss.

¹⁶³*Ibidem*, 415.